IX.

Beiträge zur Geschichte und Theorie der reformatio in pejus.

Von

Herrn Dr. J. B. Sartorius,
Professor in Heidelberg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. IV. im vorigen Heft.)

§. 11.

Specielle Auslegung einzelner Sätze und Worte, mit Einschluß der Auth. Jubemus. Cod. de jud. (3. 1.)

Das Bestreben der Juristen, die reformatio in pejus um jeden Preis im römischen Rechte zu begründen, hat auch noch die Veranlassung gegeben, einzelne Sätze und Worte der bisher behandelten Justinianischen Verordnungen, sowie auch noch der hiezu beigezogenen Auth. Jubemus aus dem Zusammenhange zu reißen, und so, wohl oder übel, mit Verletzung einer alten bewährten Rechtsregel [1]), für den vorgesetzten Zweck auszubeuten. Wenn gleich die Gegner ihre Folgerungen nicht selten nur andeuten und errathen lassen [2]), anstatt sie bestimmt aufzustellen und klar auszuführen, so erfordert doch die Vollständigkeit der Untersuchung, jene Andeutungen an das Licht zu ziehen und umständlich zu besprechen. Dieses soll hier um so mehr geschehen, als das bereits gewonnene Resultat dadurch nur bestätigt und erweitert werden kann.

---

1) L. 24. Dig. de LL. (1. 3.) Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.

2) Arnold, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. XXVIII. S. 88. 96 f.

§. 12.

a) „Judicem per suum vigorem ejus (absentis) partes adimplere", in L. Ampliorem. (Cod. 7. 62.)

Nach dem Ausspruche Justinian's, wie er oben (§. 7.) gegeben wurde, soll es dem bei Gericht gegenwärtigen Appellaten erlaubt sein, zu adhäriren (aliquid judicatis opponere). Für diesen Fall der Gegenwart des Appellaten ist also die reformatio in pejus nicht im Entferntesten angedeutet, ja — sie ist sogar mittelbar beseitigt. Denn da der Appellat adhäriren soll, so muß man auch annehmen, daß der Richter hinsichtlich des Appellaten nur in Folge und Gemäßheit dieses Adhäsionsvorbringens, also nicht von Amtswegen, wie bei der anomalen reformatio in pejus (§. 1. Nr. 4.), zu erkennen hat. Adhäsion und reformatio in pejus schließen sich insoferne gegenseitig aus [1]).

So bleibt also nur noch übrig, zu untersuchen ob von der L. Ampliorem die reformatio in pejus bei Abwesenheit des Appellaten verfügt werde. In diesem Falle soll der Richter „per suum vigorem ejus (absentis) partes adimplere". Was bedeutet nun dies? So viel wird man einräumen müssen, daß damit die reformatio in pejus nicht ausdrücklich und nicht bestimmt verordnet sei. Denn jede solche reformatio erfolgt durch ein Urtheil, allein vom Urtheil wird hier nicht gesprochen. Partes adimplere ist nichts weniger als gleichbedeutend mit der Erlassung eines reformatorischen Erkenntnisses, wenn gleich dieser Unterschied den Rechtsgelehrten häufig nicht aufgefallen ist (§. 16.). Partes adimplere bezeichnet hier ohne Zweifel so viel, als vices adimplere [sustinere, subire] [2]), also eine Stellvertre-

---

1) Ganz irrthümlich wird bisweilen die reformatio in pejus als eine Folge der Adhäsion gedacht. Bayer, Vorträge über den ord. Civilproc. VII. Aufl. S. 652. Seuffert, Comment. üb. d. baier. Ger. Ordn. Bd. IV. S. 106.

2) L. 9. pr. Dig. de pact. (2. 14.) L. 51. §. 1. Dig. de procur. (3. 3.).

tung[3]), die Ausfüllung einer fremden Rolle, die Vornahme einer Parteihandlung. Wenn der Ausdruck in diesem Sinne auf den abwesenden Appellaten bezogen wird, so bezeichnet er ganz speciell und präcis diejenige Handlung, welche der Appellat, wenn er gegenwärtig wäre, selbst vorzunehmen hätte, d. h. aliquid judicatis opponere oder die Adhäsion. — Die Adhäsion also soll der Richter für den Abwesenden besorgen, ausrichten, bethätigen[4]), und — wie anders bei den Römern unter Justinian, als daß der Richter selbst die Beschwerden vorbringt[5]), und zu den Akten niederschreiben läßt? Die Verhandlungen waren nämlich auf persönliches Erscheinen und Handeln berechnet, also mündlich, wie aus unsern Stellen[6]) und nebst diesen aus andern[7]) erhellt, und wurden aktenmäßig gemacht oder protokollirt[8]), so daß jene Verfahrungsweise des Richters füglich durchgeführt werden konnte.

---

3) Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 180. Reinhardt, Handb. d. ord. Proc. Th. II. §. 352.

4) Martin, Lehrb. d. Proc. XII. Ausg. §. 276.

5) L. 2. Cod. de tempor. et reparat. (7. 63.) a. 440: — si — vel a praesente adversario vel etiam a judice, si solus litigat appellator, fuerit oppositum probatumque. — Cf. L. un. Cod. ut quae desunt advoc. (2. 11.) a. 293: — judicem supplere et proferre. Tancredi ordo jud. (sec. edit. Bergmann, Gott. 1842.) P. I. tit. 6. §. 5. in f. — judex — supplere debet — etiam proponendo ipsum factum pro parte absente, ut Cod. de appell. 7. 62. l. ult. Cf. P. III. tit. 15. § 5.

6) L. Ampliorem: — si — in judicium venerit — si praesto fuerit — Nov. 49. pr. — personam sistentes — etc. etc.

7) L. 9. §. 1. Dig. de off. procons. (1. 16.). L. 41. Dig. fam. ercisc. (10. 2.). L. 71. Dig. de reg. jur. (50. 17.). Lyd. II. 15. 16. III. 20. 27. Zimmern, Geschichte des röm. Rechts. Bd. III. §. 171. S. 512. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilproc. Abth. I. Bd. I. S. 235—538. Linde, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 482. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 425 f. Heffter, System d. Civilproc. R. §. 444 a. E.

8) L. 1. Cod. Th. de off. procons. (1. 12.) a. 313. L. 32. §. 2. Cod. Just. de appell. et consult. (7. 62.) saec. 4. L. 6. Cod. de re

Es ist hieraus deutlich zu erkennen, daß die L. Ampliorem auch hinsichtlich des abwesenden Appellaten die reformatio nicht vorschreibt, ja sogar nicht einmal das Urtheil zweiter Instanz zur Sprache bringt.

Versetzt man sich aber, wie es das Wesen der Auslegung erfordert[9]), auf den Standpunkt des Gesetzgebers, und reconstruirt man den der Verordnung inwohnenden Hauptgedanken, so führt doch das partes adimplere bis zu einem Appellationsurtheile hin, welches — (die Benennung reformatio in pejus einstweilen noch bei Seite gesetzt) — zu Gunsten des Appellaten reformirt.

War nämlich einmal dem Richter das partes adimplere in Beziehung auf die mögliche Adhäsion des abwesenden Appellaten auferlegt, so mußte dieses sowohl an und für sich, als nach Justinian's Vorstellung eine bestimmte Folge nach sich ziehen. Diese bestimmte Folge aber konnte in nichts Anderem bestehen, als daß nunmehr die von Amtswegen angebrachte und in die Akten niedergelegte Adhäsion, eben so als wenn der Appellat sie selbst vorgebracht hätte, Material und Grundlage der appellationsrichterlichen Entscheidung wurde, daß sofort nun auch für den abwesenden Appellaten das judiciale mereri praesidium der L. Ampliorem als das Urtheil galt, mit andern Worten: daß nun zwar wider, aber auch für die Adhäsion erkannt werden konnte und sollte[10]).

---

jud. (7. 52.) a. 414. In Absicht auf dieses und das eigentliche schriftliche Verfahren sind acta und libelli sich entgegengesetzt. L. 6. Cod. de praed. et al. reb. min. (5. 71.) a. 283. Vergl. noch Sintenis a. a. O. Bd. I. S. 435.

9) v. Savigny, System des röm. Rechts. Bd. I. S. 213.

10) Baldus ad L. Ampliorem: — non est necessaria reconventio (i. e. adhaesio) in causa appellationis, quia judex (illam) supplet ex officio, unde si judex vidit, quod sententia sit in totum confirmanda, in totum confirmabit, si in totum infirmanda, in totum infirmabit, licet sit appellatum a parte, et non a toto, et sic etiam supplere poterit, ut absolutum in quinque absolvat in decem, si in totum judex primae causae debebat absolvere, et condemnatum

Damit, meint man nun, sei die Zulässigkeit der reformatio in pejus, wenigstens in indirecter Weise, durch Schlüsse und auf Umwegen nachgewiesen, indem sie als erfolgt angenommen werden müsse, sobald der Richter im Sinne der von ihm besorgten Adhäsion erkannt habe [11]).

Dieser Auffassung klebt aber ein Begriffsfehler an. Denn die reformatio in pejus kann nach der L. Ampliorem, wie erwiesen worden ist, nur erfolgen auf den Grund der partes adimpletae, d. h. der in das judicium deducirten aktenmäßigen Adhäsionsbeschwerden und des daraus abgeleiteten Gesuches. Wenn daher auch der Richter wirklich zum Nachtheile des Appellanten reformirt, so reformirt er doch nicht von Amtswegen [12]), und eben darum ist eine solche reformatio mit Nichten eine reformatio in pejus in streng technischer Bedeutung (§. 1.), hat auch vor der durch den Appellanten im Appellationslibell ebenfalls erbetenen reformatio in melius weiter nichts Außerordentliches, was sich nur der Rede verlohnte, voraus [13]).

Dagegen ließe sich einwenden: In dem zweiten Falle der L. Ampliorem („sin autem absens fuerit") bringe der Richter die Adhäsion an, und derselbe Richter erkenne; Adhäriren und Erkennen seien hier eine continuirliche Handlung der nämlichen Person, und wenn der Richter

---

in quinque condemnet in decem, si judex primae causae in totum debebat condemnare.

11) v. Almendingen, Metaphysik des Civil.-Proc. S. 183. Mittermaier, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VII. S. 90 f. 94. Martin, Lehrb. d. Proc. §. 276. lit. C. Reinhardt, Handb. d. ord. Proc. Th. II. §. 352. v. Linde, Handb. d. Civilproc. §. 392. Bayer, Vorträge über den ord. Civilproc. S. 650—652.

12) Mühlenbruch, Entwurf des gemeinrechtl. Civilprocesses. II. Aufl. Halle, 1840. §. 383. lit. c.

13) Die Bedenklichkeiten wider die reformatio in pejus beruhen hauptsächlich darauf, daß dabei von Amtswegen gesprochen werde. Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 163. Mittermaier, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VII. S. 91 f. Linde, ebendas. Bd. XIX. S. 506.

das entscheide, was er selbst vorgebracht habe, so entscheide er nicht auf Parteiantrag, also von Amtswegen. — Dies Alles ist aber sicherlich nur Schein, der von einer ganz falschen Identificirung des Richters in den beiden Funktionen des partes adimplere und der Entscheidung reflektirt wird. Dort ist der Richter gesetzlicher Stellvertreter (procurator vel quasi) des Appellaten, und seine in diesem Verhältniß vorgenommene Handlung muß daher gerade so angesehen werden, als sei sie die Handlung des Appellaten selbst; hier dagegen ist er eigentlicher Richter (judex qua talis, qui judicat), und das Urtheil ist sein ausschließliches Wort und Werk. Wenn also auch in genannten beiden Funktionen der Richter das nämliche physische Individuum bleibt, so ist doch hier, wo Adhäsion und Urtheil oft der Zeit nach sehr weit auseinander liegen, immer der Form nach getrennt sind, und im Wesen sich unterscheiden, weder durch Continuität dieselbe Eine Handlung vorhanden, noch in juristischer Beziehung eine Einheit oder Identität der Person; die Partei adhärirt, der Richter reformirt, und es ist und bleibt sohin wahr, daß hier der technische Begriff einer reformatio in pejus fehlt, als welcher durch jedwede erfolgte Adhäsion geradehin ausgeschlossen wird [14]).

§. 13.

b) Einzelnes aus Nov. 49. und 126. und Auth. Jubemus. Cod. de jud. (3. 1.)

I. „Causa secundum jura decidatur.“ (Nov. 49. cap. 1.) Schon aus den §§. 8. 9. 10. tritt der Umstand hervor, daß die Novellen als günstigsten Erfolg für den Appellaten die Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils im Auge haben, die Abänderung aber nur im Interesse des Appellanten besprechen, dadurch also die reformatio in pejus aus-

14) Auch anerkannt von Arnold im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XXVIII. S. 73 f.

schliessen. Diese Wahrheit bewährt sich auch hier durchgängig bei den einzeln herausgehobenen Stellen. In Nov. 49. cap. 1. wird unter der Voraussetzung, daß der Appellat gegenwärtig, der Appellant abwesend ist, jener auch seine Vernehmlassung vorgebracht hat, dem Richter aufgegeben, das vorige Urtheil zu bestätigen, insoferne der Appellat das Recht für sich hat, dagegen „secundum jura“ zu entscheiden, insoferne das Recht auf Seite des Appellanten sein würde. Das Entscheiden „secundum jura“ kann hier nichts Anderes bedeuten, als ein Entscheiden zu Gunsten des Appellanten, weil in dem angenommenen Falle die jura gegen den Appellaten sind („inferior in certamine apparet“). Dies wird noch deutlicher, wenn man die oben (§. 8. Note 2.) citirten Stellen vergleicht. Während man also fälschlich geglaubt hat, hier eine reformatio in pejus finden zu können [1]), ist in der That vielmehr eine reformatio in melius angeordnet. —

2. „Judices tam acta, quam judicata examinare studeant. — examinatis actis — tam acta, quam judicata examinent.“ [Nov. 126. cap. 2.] [2]). Weil hier dem Appellationsrichter anbefohlen ist, ehe er entscheidet, nicht nur das vorige Urtheil, sondern auch die Verhandlungen kennen zu lernen oder zu prüfen, und weil man unter Verhandlungen auch die der ersten Instanz versteht, scheint man daraus entnehmen zu wollen, daß der Appellations-Richter nunmehr einer Adhäsion des Appellaten nicht bedürfe, um zu dessen Gunsten reformiren zu können, daß er dies vielmehr bloß auf die Akten erster Instanz hin zu thun befugt sei. In einer Injurienklage hat sich z. B. der Beklagte negativ eingelassen und um die Abweisung der Klage gebeten, das Untergericht hat auf Beweis der Klage interloquirt; der Klä-

1) Linde, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 474 f. Arnold, ebendas. Bd. XXVIII. S. 88. 96.

2) Von dieser Novelle wird erklärt, daß sie klar für eine reformatio in pejus sei. Linde a. a. O. S. 476.

ger hat appellirt, weil der Beklagte nicht sogleich definitiv verurtheilt wurde, und darauf sein Gesuch gestellt; der Appellat hat nicht adhärirt. Da nun die Kenntnißnahme der Akten erster Instanz vorgeschrieben ist, so soll, nach obiger Ansicht, der Oberrichter die an den Unterrichter früher gestellte Bitte um Abweisung der Klage auch auf sich beziehen, und darauf erkennen dürfen. Damit aber will man die Statthaftigkeit einer reformatio in pejus erwiesen haben, indem gegen den Appellanten reformirt werden könne, ohne daß der betheiligte Appellat in zweiter Instanz an den reformirenden Appellationsrichter einen Antrag auf Reformation gestellt habe [3]). Zugegeben muß werden, daß jenes examinare studere sich auf die Akten beider Instanzen beziehe, allein widersprochen wird, daß es dem Oberrichter deßhalb implicite vorgeschrieben sei, um die an den Unterrichter gestellten Anträge als auch an das Gericht zweiter Instanz gestellt anzusehen, und sämmtliche Akten erster Instanz dem appellationsrichterlichen Urtheilsspruch zu unterwerfen. Diese letztere Annahme ist nicht nur eine bloße Einbildung, sondern auch schon darum verwerflich, weil sie viel zu weit führt, nämlich dahin, daß der Appellationsrichter regelmäßig Alles, was in erster Instanz angebracht worden ist, also selbst Punkte, worüber kein Theil Beschwerde geführt hat, von Neuem entscheiden müsse oder doch könne. Eine solche Lehre ist selbst den Apologeten der reformatio in pejus immerhin zu stark [4]).

Mache man doch nicht so weit, selbst über das vorgesteckte Ziel hinausfahrende Erklärungen und Schlüsse, während die einfache Wahrheit so nahe liegt! Der Grund des vollständigen Aktenstudiums ist der, daß der Richter, selbst wenn er Beschwerden des Appellanten nur über einzelne

---

3) Arnold a. a. O. S. 96. Ueber die Annahme einer stillschweigenden submissio ad priora vergl. unten §. 17. Nr. 4.

4) Arnold a. a. O. S. 88 ff. Vergl. dagegen Sintenis, Erläuter. Bd. I. S. 423.

theilweise Punkte des Processes zu entscheiden hat, den Proceß im Ganzen kennen lernen muß, und daß sowohl das angefochtene Urtheil, als die Appellation nur im Zusammenhange mit den Akten erster Instanz gehörig zu verstehen ist. Der Grund kann sogar noch specieller dahin erklärt werden, daß der Richter aus sämmtlichen Akten dasjenige herausfinden solle, was zu den angebrachten Beschwerden gehöre, und was also zu entscheiden sei, und was nicht. Uebrigens wäre erst noch die Frage, ob unter acta und judicata nicht vorzugsweise die auf die vorgebrachten gravamina bezüglichen Akten und die vom Appellanten angefochtenen Urtheils-capita gemeint seien.

3) „Judices — legi ac juri consentaneam sententiam ferant. — Causae legitimum finem imponant. — Legitimam sententiam ferant. — Causae legitime decidantur." (Nov. 126.) Alles allgemeine Redensarten, die durchaus nicht speciell auf das materielle Recht und darum folgeweise auf die reformatio in pejus bezogen werden können! Von lex und jus ist dies so bekannt, daß es Zeitverschwendung wäre, hierüber weiter zu streiten; wenn aber gar in dem Worte „legitimus" eine entschiedene Hinweisung auf das materielle Recht oder auch nur auf die Billigkeit gefunden sein soll, so ist nichts Geringeres dabei übersehen worden, als daß „legitimus" gerade in der Regel das formelle und strenge Recht bedeutet [5].

4) „Neglectum corrigant." (Nov. cit.) Diese Stelle kömmt da vor, wo von der Abwesenheit des Appellanten und der einseitigen Gegenwart des Appellaten die Rede ist. Wenn in diesem Falle das vorige Urtheil richtig erfunden wird, soll es bestätigt werden, „sin autem neglectum aliquid sit, ju-

5) Cic. p. domo. 13: jure Quiritium legitimo. Gell. XI. 1: verba legitima. Gaj. I. 155. IV. 34. Ulp. fragm. XI. 3. XII. 1. L. 14. §. 3. Dig. de praescr. verb. (19. 5.). L. 35. Dig. de donat. int. v. et u. (24. 1.). L. 19. Dig. de op. nov. nunc. (39. 1.). L. 22. §. 2. Dig. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.). L. 35. Cod. de inoff. testam. (3. 28.). §. 4. Inst. Prooem.

dices id corrigant", d. h. wenn aber im Urtheil etwas verfehlt ist, soll besser erkannt, also reformirt werden. Auch damit ist bei Weitem noch nicht die reformatio in pejus festgestellt. Die Nov. 126 wiederholt hier nur die für den gleichen Fall gegebene Vorschrift der Nov. 49., das neglectum corrigere ist gleichbedeutend mit dem dortigen secundum jura decidere, und bezeichnet also vielmehr, wie oben (Nr. 1.) erwähnt, eine reformatio in melius. Da nämlich das corrigere dem confirmare als die andere Alternative entgegengesetzt wird, muß es dahin verstanden werden, daß es ein Erkennen für den Appellanten sei, wie das confirmare im Gegentheil ein Erkennen für den Appellaten ist.

5) „Veritate et jure considerato." (Nov. cit.) Da soll veritas unbedenklich die materielle Wahrheit an sich bedeuten! Wenn doch nur Jene, welche in dieser Weise philosophiren und Consequenzen machen, erst erforscht hätten, was denn veritas auf dem Gebiete des positiven Rechtes sei! Mit leidlicher Mühe würden sie gefunden haben, daß hier die formelle oder juristische Wahrheit der anderwärts materiellen gleichgesetzt sei[6]. So heißt es in der L. 25. Dig. de statu hom. (1. 5.) und L. 207. Dig. de reg. jur. (50. 17.): Res judicata pro veritate accipitur, dann in der L. 4. Cod. de temp. et repar. (7. 63.), welche auf die Verhandlungsmaxime gebaut ist: exercitatis negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine. Ist denn hier die veritas eine rein materielle? Und wenn nicht, warum soll sie eine solche in der Nov. 126. sein, wo sie ohne Beiwort und in Verbindung mit jus genannt wird, so daß man die Bedeutung der juristischen Wahrheit mit Händen greifen kann? Wenn es freilich Sitte wird, aus allgemeinen Ausdrücken singuläre Rechtsinstitute abzuleiten, wie man dies bereits in politischen Fragen treibt, dann wird bald eine maß-

---

6) Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. III. Ausg. v. Heffter. Leipzig 1845. I. §. 3.

und grenzenlose Interpretation auch das Unglaublichste als positiven Rechtens erklären können.

6) Auth. Jubemus. Cod. de jud. (3 1.) — „Causae cognitor — sententiam omnibus modis legibus et moribus consonantem proferat.“ Hier soll jedem Richter befohlen sein, durchgängig (omnibus modis??) den Gesetzen und Gewohnheiten gemäß zu erkennen, und bei dieser Auslegung läßt man glimpflich vermerken, auch dieser Befehl weise wieder auf das materielle Recht und auf die reformatio in pejus hin[7]. Eine solche Hypothese mag sich selbst richten. Der Verfasser der Auth. Jubemus wird schwerlich an die reformatio in pejus gedacht haben. Ihr ganzer Inhalt, verglichen mit ihrer Quelle Nov. 115. cap. 2., bestimmt sich einfach dahin, daß der Richter, wenn eine Partei noch Etwas vorbringen will, sie dazu in vorzusetzenden Fristen anhalte, dann aber nicht weiter zuwarte, sondern sich beeile, den Proceß durch Urtheil zu erledigen, das jedoch in jeder Weise den Gesetzen und Gewohnheiten entsprechen muß. Der eigentliche und Anlaß gebende Zweck der Disposition ist also kein anderer, als Beschleunigung der Justiz, und nur nebenbei und gelegenheitlich ist auch der Richter verwarnt, sich durch Eilfertigkeit nicht so weit verleiten zu lassen, daß er gegen die Gesetze und Gewohnheiten erkenne. Um dies einzusehen, lese man nur den Schlußsatz ganz: „Causae cognitor, non amplius exspectans, sententiam omnibus modis legibus et moribus consonantem proferat, vel si noluerit referat, ne litigatoribus male tractantibus liceat causarum exitus ultra protrahere.“

§. 14.

Auflösung scheinbarer Widersprüche zwischen der L. Ampliorem und dem Novellenrecht.

Die L. Ampliorem bestimmt, daß nach erfolgter Einführung der Appellation, wenn der Appellat sich nicht ein-

7) Arnold a. a. O. S. 96.

finde, dem Richter obliege, ejus partes adimplere, d. h. statt des Abwesenden zu adhäriren (§. 7.). Dabei ist keine Rücksicht genommen, ob der Appellant zur Fortsetzung seiner Appellation weiter erschienen sei oder nicht. Der Richter muß also partes adimplere, sowohl wenn beide Theile abwesend sind, als wenn der Appellant allein gegenwärtig ist.

Was den ersten dieser Fälle angeht, so schreibt dagegen Nov. 49. cap. 1. unbedingt die Bestätigung des vorigen Urtheils vor [1]), scheint also die richterliche Adhäsion, insoferne sie eine Reformation bezweckt, und die Reformation (in pejus) selbst auszuschließen.

Auf den zweiten Fall, wenn nämlich der Appellant allein erschienen ist, hat eigentlich Nov. 49. keine Beziehung, besonders da Justinian ausdrücklich sagt: „Hanc legem expresse de iis ferimus, qui, postquam die constituto appellationem introduxerunt, judicium deserunt.“ Allein Nov. 126. cap. 2. bestimmt, daß die Sache nach den Gesetzen entschieden werden solle [2]), und dies will hier heißen: entweder bestätigend für den Appellaten, oder reformirend zu des Appellanten Gunsten, je nachdem die Gesetze für die eine oder die andere Partei sprechen (§. 13.). So scheint also auch in diesem Falle das partes adimplere, und damit zugleich die reformatio in pejus, zu des Appellaten Vortheil, aufgehoben [3]).

---

1) Quod si neuter compareat, neque victor neque victus, qui, constituto die appellationem introducens, deinde abfuit, sententia victoris rata maneat.

2) Quod si is solum, qui appellavit, ingressus sit, jubemus, ut judices — examinatis actis causae legitimum finem imponant.

3) In ganz anderer Weise ist der Widerspruch berührt von Heffter in d. Instit. d. Civilproc. S. 472. 474. Die Stelle der Nov. 49. cap. 1., auf welche Heffter sich stützt, paßt aber gar nicht, weil sie vom anwesenden Appellaten spricht, der nach der L. Ampliorem selbst adhärirt. Eine so von der Partei erbetene Reformation ist keine reformatio in pejus (§§. 1. 12.). Linde im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 474—476. hat Heffter's Ansicht bestritten aus Gründen, deren Richtigkeit hier nicht anerkannt wird. Besonders beachtet Linde

Dies Alles ist aber nichts Weiteres, als bloßer Schein. Die L. Ampliorem nämlich kann bloß einen Appellaten im Sinne haben, welcher in erster Instanz nur unvollständig obgesiegt hat (§. 10. Note 2.), denn nur bei einem solchen ist Grund vorhanden, aliquid judicatis opponere, und in dieser Beziehung ejus partes adimplere. Die Novellen dagegen, wie schon gezeigt wurde (§. 10.), stellen sich einen Appellaten vor, der vollständig Sieger geworden ist, und der also in zweiter Instanz nichts Vortheilhafteres wünschen und suchen kann, als Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils. Auf diese Art hat sowohl das Recht des Coder in der L. Ampliorem, als das Novellenrecht wesentlich verschiedene Voraussetzungen, und jedes enthält dafür eigene Dispositionen, so daß hier kein Widerspruch existirt, und kein Recht das andere aufhebt oder verändert[4]). Deßhalb hat auch Justinian in der Nov. 49. das frühere Recht über die Appellation eindringlich bestätigt.

§. 15.

Partes adimplere der L. Ampliorem bei den deutschen Gerichtshöfen.

Die Adhäsion durch die Person des Appellaten selbst oder auch durch einen gewöhnlichen Anwalt desselben ist gerade nicht davon abhängig, ob die Appellation mündlich zu Protokoll oder durch Schriftenwechsel verhandelt wird; sie läßt sich eben so unter jener, wie unter dieser Form ausrichten. Deßhalb ist auch diese Adhäsion überall in Deutschland praktisch geworden, und noch fortwährend geltenden

---

nicht, daß auch die bloße Bestätigung des vorigen Urtheils den Appellaten zum Sieger in zweiter Instanz mache. Vergl. Nov. 49. cap. 1. §. 1. Im Systeme d. Civilproc.-R. §. 454. Note 126. hat übrigens Heffter seine vorige Meinung widerrufen.

4) Diese Ansicht schwebt auch Bayer in den Vorträgen über den ordentl. Civilproc. S. 652 vor.

Rechtens, wenn wir gleich das römische Gerichtsverfahren nicht haben.

Nicht so verhält es sich aber mit dem partes adimplere oder mit derjenigen Adhäsion, welche der Richter statt des abwesenden Appellaten mündlich zu den Akten erklärt (§. 12.). Dieses ganz anomale Vorbringen eines Parteiantrags durch den Richter selbst aus dem Stegreife, mit bevormundender Fürsorge und in Kraft amtlicher Machtvollkommenheit, ohne vorgängige Verständigung mit der Partei, ohne deren auch nur muthmaßlichen Auftrag, sogar ohne deren Vorwissen, und während sie sich bei dem Urtheil erster Instanz beruhigt, hing mit dem mündlichprotokollarischen Appellationsverfahren der Römer und mit der außerordentlich erweiterten richterlichen Gewalt für eine solche Instruktionsmethode wesentlich zusammen. In den förmlichen Schriftenwechsel läßt sich das partes adimplere nicht geradezu hinübernehmen, weil es hier in eine noch weit maßlosere und anstößigere Bevormundung der Partei und — man darf sagen — in eine völlig absurde Amtsthätigkeit des Richters umschlagen müßte. Diesem nämlich würde alsdann die Rolle zugetheilt werden, gerade so, wie ein Advokat von Beruf, für den Appellaten eine Adhäsionsschrift zu verfertigen und einzulegen! Nebstdem würde die in der L. Ampliorem vorausgesetzte und maaßgebende Abwesenheit des Appellaten ihre ganze Bedeutung verlieren, weil, um in Schriften zu handeln, Niemand nöthig hat, sich bei Gericht einzufinden. Fragt man also, ob das Justinianische partes adimplere habe in Deutschland Eingang finden und sich behaupten können, so hängt die Antwort zunächst von dem Umstande ab, ob bei und nach der Reception des römischen Rechtes die Appellationen in Deutschland gemeinhin mündlich-protokollarisch oder in Schriften verhandelt worden seien.

Im fünfzehnten Jahrhundert, als zu der Zeit, da das römische Recht in Deutschland erst allgemein zur praktischen Anwendung gelangte, wurde ohne Zweifel in vieler Herren Ländern und Gerichten, namentlich auch bei Appellationen,

das mündlich-protokollarische Verfahren eingeschlagen [1]). Insoferne war dem partes adimplere der Weg geebnet, und es mußte, ungeachtet der von Alters her entgegenstehenden Verhandlungsmaxime [2]), ihn um so mehr einschlagen, als das canonische Recht, welches mit dem römischen zugleich verbreitet wurde, jenes Verfahren begünstigte [3]), und auch die Glosse des Accursius die richterliche Amtshilfe sehr ausdehnend erklärte [4]).

So mag denn das partes adimplere in der damaligen deutschen Praxis wohl geübt worden sein. Allein früher schon, im vierzehnten Jahrhundert, nahm die welsche Schule daran Anstoß, daß dem ungehorsamer Weise wegbleibenden und stillschweigend sich beruhigenden Appellaten die Adhäsion von dem Richter zugewendet werden solle. Der unter den Postglossatoren nebst Bartolus de

---

1) v. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Bd. I. (Gießen, 1821) S. 222. 437 ff. Steiner, über das altteutsche und besonders altbaierische Gerichtswesen. Aschaffenburg, 1824. S. 281—287.

2) Maurer, Geschichte des öffentl. mündl. Gerichtsverfahrens. Heidelberg, 1824. S. 256. 273. 284.

3) Cap. 11. X. de probat. (2. 19.). Cf. Clem. 2. de verb. signif. (5. 11.). Can. 11. Caus. 30. qu. 5.

4) Glossa ad L. Ampliorem, v. Adimplere: Supplendo de jure et inducendo legem pro absente, vel respondendo legi contra eum inductae, quod est verum generaliter, ut supra ut quae desunt advoc. (Cod. 2. 11.) per legem unicam. Item et de facto: ut quaerendo, an promissio per metum facta fuerit vel dolum, vel an solutio fuerit facta, vel pactum factum, quod hic est speciale. — Accurs. Darüber, ob nur de jure oder auch de facto zu suppliren sei, vgl. Dissens. DD. ed. Haenel. Lips. 1834. p. 242. 268 sq. Durantis specul. P. II. lib. II. partic. II. tit. de disput. et alleg. advoc. §. 6. n. 5. (Ed. Francof. 1592. P. II. p. 394.). Tancredi ordo jud. P. I. tit. 5. §. 5. Bartolus et Baldus ad L. Ampliorem. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 376 f. Das „quaerendo" der Glosse bedeutet übrigens nicht das Ausfragen des Appellaten, weil dieses bei einem Abwesenden unmöglich ist, sondern überhaupt Nachforschung, Befragen von Zeugen u. s. w. Baldus l. c. — interrogabit testes etc.

Saxoferrato (geb. 1314, † 1357) so hoch stehende Baldus de Ubaldis (geb. um 1327, † 1400) schloß den Ungehorsamen, wenigstens in Beziehung auf neues, den Akten erster Instanz noch nicht einverleibtes Vorbringen, von dieser amtlichen Vertretung aus, und ließ sie nur bei demjenigen Appellaten gelten, der wegen einer besonderen entschuldigenden Ursache (Ehehafte) nicht erschienen war[5]). Diese Erklärung war freilich dem unbedingten Wortlaute der L. Ampliorem („si absens fuerit") entgegen, und auf die ganz singuläre Vorschrift über das partes adimplere konnten die von Baldus angerufenen allgemeinen Grundsätze eigentlich nicht bezogen werden[6]);

5) Baldus ad L. Ampliorem: Item nota, quod judex appellationis supplet pro absente, quod Bartolus dicit esse verum in prima causa (in erster Instanz); dictum Bartoli potest sustineri, quando abest ex causa. Nam si est contumax, non debet pro eo supplere, nisi quatenus acta loquuntur, ut supra de judiciis (Cod. 3. 1.) l. (13.) properandum. §. (4.) cum autem. Cf. Bartol. in L. Ampliorem: — Nota etiam, quod pro parte absente (unbedingt) judex potest supplere de facto. — Ego dico, quod in causa appellationis non est speciale, imo est regula, ubicunque contra absentem potest perveniri ad diffinitivam sententiam, judex pro eo potest supplere de facto. — Cf. Addit. in Baldi comm. in editione adnotationibus Alex. Barbatiae, Celsi, Philippi Decii et alior. illustr. Lugd. 1585. fol. 117. verso: Ex causa. Similiter dicit Paulus de Castro in l. 1. supra, ut quae desunt advoc. part. jud. suppl. (Cod. 2. 10.) et Lud. Ro. (?) in l. 4. §. (8.) hoc autem judicium ff. de damn. inf. (39. 2.) sed veriorem puto opinionem Bartoli absolute, et cum Bartolo concordat glossa in cap. (4.) bonae, extra (X.) de postul. praelat. (1. 5.) quam ubi communiter loquuntur Doct. gloss. caus. 30. qu. 5. cap. (11.) judicantem, et Innocentius in cap. (15.) veniens, extra (X.) de accus. (5. 1.) nam secundum Innocentem, si absentia litigatoris de praesentia suppletur, l. (13.) properandum, §. (4.) sin autem, supra de jud. (Cod. 3. 1.) ergo judex debet quaerere de jure absentis, etiam per quencunque alium, qui eum instruat de jure absentis, et idem tenet Bartolus in l. penult. §. (1.) ad crimen, ff. de publ. jud. (48. 1.) et Ang. (Angelus de Ubaldis?). Hic Baldus in dictam legem infra aliter dicit.

6) L. 14. Dig. de LL. (1. 3.) L. 162 Dig. de reg. jur. (50. 17.).

allein die Erklärung hatte für sich, daß sie Strenge und Gerechtigkeit gegen den aus Ungehorsam Abwesenden mit Milde und Billigkeit gegen den aus Ehehaften Abwesenden vereinbarte; nebstdem genoß Baldus im fünfzehnten Jahrhundert eines außerordentlichen, wohl auch selbst den bereits älteren Koryphäen Bartolus verdunkelnden Ansehens. Darum mußte die von Baldus aufgestellte Theorie in der Praxis eine bedeutende Herrschaft erlangen, damit stand aber schon eine große Beschränkung des partes supplere in nächster Verbindung. Denn die Richter, welche Baldus anhingen, traten nunmehr mit der amtlichen Adhäsion nur für diejenigen Appellaten ein, von welchen es gewiß, wahrscheinlich oder doch auszumitteln war, daß ihnen eine Ehehafte hinsichtlich der Abwesenheit zur Seite stehe. Nimmt man nun noch an, daß die Richter nur selten von sich aus die Ehehaften ausmittelten, sondern warteten, bis — etwa bei noch offener Zeit — der Appellat eine oder die andere anführe, und beweise oder bescheinige, so war alsdann das richterliche partes supplere nur noch eine hilfsweise Vervollständigung, nicht aber ein ausschließliches und eigenmächtiges Vorbringen (§. 12.) der Adhäsion durch den Richter; mit dem Anführen und dem Beweisen oder Bescheinigen der Ehehafte zum Zwecke der Adhäsion hatte nämlich die Partei letztere, wenigstens implicite, bereits angedeutet und eingewendet, wodurch selbst bei den aus Ehehaften Abwesenden das Justinianische Princip des reinen Handelns von Amtswegen durchlöchert war. Nebstdem mag noch eine weitere Abschweifung vorgekommen sein. Es liegt nämlich der Gedanke nicht sehr fern, daß schon damals der Richter auch den anwesenden Appellaten bei der Ausführung der Adhäsion unterstützt haben möge; denn es mochte nicht nur an und für sich natürlich und einladend erscheinen, den Gegenwärtigen im Verhältnisse zu dem Abwesenden nicht zurückzusetzen, sondern es wurde vielleicht auch, nach Analogie der ersten Instanz, die schon bei Bartolus (Note 5) in Anschlag gebracht ist, als für das nobile officium judicis wohl geeignet erachtet wer-

den, der vor Gericht stehenden rathlosen Partei auch in der zweiten Instanz das Ergänzungsamt angedeihen zu lassen. Weder der Text der L. Ampliorem, noch die Interpretation [7]), gab dazu eine Erlaubniß; allein man wird auch nicht bestimmt behaupten können, daß die oft unkundigen und dem ungebundenen Handeln geneigten Richter des Mittelalters sich durchgängig mit Strenge an das Gesetz und an die Lehren der Koryphäen gehalten hätten.

Mag indessen das partes supplere so oder anders gewesen sein, so starb es doch schon im fünfzehnten Jahrhundert wieder ab, als, namentlich in der Appellations-Instanz, das damit unverträgliche Verfahren durch gewechselte Schriftsätze in Aufnahme kam. Bereits die Reichs-Kammergerichts-Ordnung vom J. 1495 ließ Schriftsätze zu [9]). Die Folge war, daß nicht nur bei dem Kammergerichte, sondern auch durch Nacheiferung in den Territorien, besonders bei den Obergerichten, ein vollständiges Verfahren durch Schriften einheimisch und in kurzer Zeit Regel wurde [10]). Die Kammergerichts-Ordnung von Lindau und Freiburg aus dem J.

---

7) Glossa ad L. Ampl. Supplendo — pro absente. Bartol. ad L. cit. — pro parte absente judex potest supplere. Bald. ad L. cit. — judex appellationis supplet pro absente — quando abest ex causa — in causa appellationis distinguitur praesente adversario vel non — requiritur, quod petat (appellatus), si est praesens, pro absente autem judex supplet, et haec vera.

9) §. 14.: Item zu füderlicher Vertigung, auch Gewißheyt der Partheyen fürbringens vnd Irrung, die zu Zeyten sich erzaigt hat, zu verhütten, sol hinfür einem yeden zugelassen werden, sein Sachen, sy betreffen vil oder wenig, in Schrifften fürzubringen, des sol die anndder Parthey nit zu verhindern haben, doch daß dem Widertail des Abschrifft vnd Schub (Dilation) werde gegeben, wie die Notturfft das erfordern wirdet.

10) v. Feuerbach, Betracht. üb. Oeff. u. Mündlichk. Bd. I. S. 223--229. Maurer, Gesch. d. Gerichtsverf. S. 336—339. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. V. Ausg. Th. III. §. 462. a. In einzelnen Territorien ging die Neuerung langsamer von Statten. v. Feuerbach a. a. O. S. 220.

1500, Art. XII. — XIX. behandelt schon dieses Verfahren als das allein vorkommende. Ganz durchgreifend aber verordnete die **Kammergerichts-Ordnung** von 1705, Art. V: „Die Procuratores sollen alle ihre Materien und Handlung in Schrifft fürwenden, und nichts anders, dann also oder dergleichen Meynung reden: In der Sachen zwischen A. und B. gib ich diese Schrifft." — Die folgenden Ordnungen gingen auf der betretenen Bahn weiter fort [11], und im Laienspiegel v. 1509 stellt allbereits Tengler den schriftlichen Appellations-Prozeß als ein Institut gemeinen Rechtens dar [12]. Eine neue und die letzte Grundlage in der Form einer „Ordnung" erhielt der Kammergerichts-Prozeß im J. 1555, allein bei den Schriftsätzen hatte es hiernach [13], so wie nach späteren Reichsgesetzen [14] bis zum Falle des deutschen Reiches im J. 1806 sein Verbleiben. Dasselbe Verfahren wurde, nach dem Vorbilde des Kammergerichts, in den nachherigen Partikular-Gesetzen vorgeschrieben [15], und überhaupt als das gemeinrechtliche betrachtet [16], so wie auch bekannt ist, daß selbst nach dem Untergange des deutschen Reichs der schriftliche Appellations-Prozeß bei den Gerichtshöfen sich erhalten hat,

---

11) K. G. O. von 1508. Titt. II. III., von 1521. Tit. XIX. §§. 5. 7—10., von 1528. Tit. III. §. 4. Tit. V. K. G. Reform von 1531. §. 4.

12) Tit. Vom Appelliern: „Aber von den bey- oder vnterredenden (interlocutorischen) vrtailn oder anderen beschwärden appelliert man gewonlich durch schrifften." — Forma Appellaten antwurt am E.: „Es mögen auch die partheyen jr clagen vnd antworten in position vnd artickel taylen."

13) K. G. O. von 1555. Th. I. Tit. XIII. §§. 4. 5. Th. II. Tit. XXIX. §§. 3. 4. Th. III. Tit. XXXI. §§. 8. 10. 11. Tit. XXXII. §§. 1. 5. Tit. XL. §§. 1. 2. Tit. XLIV. §. 2. Tit. XLV. §. 3.

14) D. A. von 1600. §. 113 ff. J. R. A. §§. 58. 64. 70. Vgl. Danz, Grundſ. d. Reichsger. Proc. §. 324 ff.

15) Ord. d. Ob. App. Ger. zu Celle von 1713. Th. II. Tit. III. Cod. jur. Bavar. jud. d. a. 1753. Cap. XV. §. 5. n. 1. 9. §. 7. n. 7. etc. etc.

16) Danz, Grundſ. d. ord. Proc. V. Ausg. §. 433 ff.

und zwar auch in Ländern, wo außerdem das mündliche Verfahren eingeführt ist [17]. Konnte sich nun damit die amtliche Adhäsion durch den Richter an und für sich nicht vertragen, so wurde sie demselben auch überdieß noch förmlich abgenommen. Denn entweder ist in den Gesetzen verordnet, daß sie immer nur von dem Appellaten selbst, resp. seinem Anwalt angebracht werden könne, oder es ist zum Wenigsten von einer durch den Richter zu besorgenden Adhäsion gar nicht die Rede [18], und zwar nicht in dem Sinne, als ob das Justinianische partes supplere stillschweigend ge-

---

17) Württemberg. provisor. Verordn. vom 22. Sept. 1819, den Rechtsgang in Civilsachen bei den höheren Gerichten betr. §. 1. vergl. mit dem Edikt vom 31. Dez. 1818 über die Rechtspflege in den untern Instanzen. §. 70. Proz. Ordn. für Baden von 1831. §§. 1213. 1215. 1217. vergl. mit §. 216.

18) K. G. O. von 1555. Th. III. Tit. XXXII. §. 5.: „Vnd sollen solliche Kriegsbefestigung auch in gemeiner weiß vnd mit wenig worten geschehen, als nemblich also: In Sachen N. contra N. bin ich der AppellationsKlag nit gestendig, bitt zu erkennen, daß wol geurtheilt, vnd vbel appellirt; oder: Ich bitt die vrtheil zu reformiren vnd zu erkennen, daß an dem ort wol, aber an dem ort vbel oder nichtiglich geurtheilt, mit erstattung kosten vnd schäden.“ Vergl. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 462. Cod. jur. Bav. jud. d. a. 1753. Cap. XV. §. 9. n. 3: „Nebstdem kömmt auch die einmal rechtmäßig eingewandte Appellation dem appellatischen Theile so weit zu Gute, daß er — derselben adhäriren kann.“ — Vergl. noch Bayer. Verordn. vom 26. Nov. 1816. (In den Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Baiern, herausgeg. von Gönner und Schmidtlein. Erlang. 1818 ff. Bd. II. S. 231.). Bayer. Gesetz vom 22. Juli 1819. §. 25., und vom 17. Nov. 1837. (Ges. Bl. Nr. 3.) §. 68. Württemberg. provis. Verordn. vom 22. Sept. 1819. §§. 17. 18. Königl. Sächs. Mandat vom 13. März 1822. (In Schier's Handb. d. K. Sächs. Civilproz. N. Bd. I. Dresden u. Leipzig, 1843. S. 295 ff.) §§. 34. 35. Königl. Sächs. Mandat vom 3. April 1824, das Verfahren in der Ober-Lausitz betr. (A. a. O. S. 304 ff.) §§. 11. 15. Povisor. Gerichtsordn. des Oberappellat. Ger. zu Jena von 1816. (Herausgeg. von A. Martin. Jena, 1830.) §§. 61. 65. Proz. Ord. f. Baden von 1831. §§. 1166. 1209. 1210. 1211. 1215. 1218. Nr. 6. Ger. Ord. f. d. Ob. App. Ger. der vier freien Städte Deutschlands. (Herausgeg. und erläutert von F. Blume. Hamb., 1843.) §§. 83—89. 136.

stattet sei, sondern in der Weise, daß die eigene Partei-Adhäsion allein zugelassen werden solle.

In der deutschen Praxis übrigens brachte die beobachtete Begrenzung der Instruktions-Methode, selbst dann, wenn in der Appellations-Instanz das protokollarische Verfahren durch die Schriftsätze nicht verdrängt worden wäre, es mit sich, daß der Richter die Erklärung, wenn nicht die Ausführung der Adhäsion durch die Partei hätte abwarten müssen, und erst auf dieses Partei-Vorbringen hin sich bloß zu einer Nachhilfe hätte hergeben, also nicht ab ovo von Amtswegen für den Appellaten eintreten können. In der Theorie aber ist ebenfalls ein so weit reichender Beruf des Richters nicht bestimmt und unumwunden gelehrt worden. Denn obgleich mitunter von der Supplirung der Adhäsion durch den Richter lakonisch gesprochen wird [19], so scheint sich doch dies nur auf die Berücksichtigung möglicher, nicht zu den Akten gebrachten Adhäsions-Beschwerden bei Gelegenheit des Urtheils (§. 16) zu beziehen. Dagegen findet sich schon von Durantis her bis zu den Neueren geradezu die Lehre, daß, um für den Appellaten reformiren zu können, dieser die Adhäsion förmlich und vollständig anhängig gemacht oder im äußersten Fall kurz erklärt haben müsse [20].

---

19) Martin, Lehrb. d. bürg. Proz. §. 276.

20) Durantis specul. P. II. lib. II. partic. 3. tit. de appell. n. 13. (Ed. Francof. 1592. P. II. p. 473.). „Sed pone: peto centum ab adversario meo: judex condemnat eum in quinquaginta: ille appellat, et non ego: quaeritur quid juris? Dic, quod si ex eadem causa petii centum, poteram coram judice appellationis petere integre centum, ut C. de appell. l. ampliorem." Hiezu Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 470. — v. Grolman, Theorie d. gerichtl. Verf. V. Aufl. §. 211.: „Ist diese die Adhäsion enthaltende Erklärung einmal geschehen, so ist nun die Rechtskraft der Sentenz auch in Hinsicht der Gegenparthie dessen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, suspendirt, und dieses einmal erworbene Recht ist nun selbständig. Adhärirt dagegen die Gegenparthie in ihrer Antwort auf die Beschwerden dem Rechtsmittel nicht, so ist von nun an gegen sie die Sentenz unabänderlich rechtskräftig." Heffter, System des

So hat sich also das ursprüngliche Justinianische partes adimplere, als richterliche Adhäsion ohne alle und jede Willensäußerung des Appellaten, bei den deutschen Gerichtshöfen nicht befestigt. Da aber gerade nur dieses partes supplere der Grund der reformatio in pejus ist §. 12.), so wäre mit dem Hinwegfallen des ersteren auch die Unzulässigkeit der letzteren nachgewiesen; allein zu diesem Bewußtsein gelangte man nicht, vielmehr zu einer ganz anderen Ansicht und Uebung, wovon jetzt zu sprechen ist.

§. 16.

Partes adimplere unmitelbar als reformatio in pejus aufgefaßt.

Von den Juristen des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts ist nichts weniger als bestimmt und mit hellem Bewußtsein gelehrt worden, daß die reformatio in pejus nur erst als eine Folge des partes adimplere zu betrachten sei, sondern dieses wurde bereits damals in jene reformatio aufgelöst. Zwar heißt es bei Baldus: — „judex supplet ex officio, (i. e. partes adimplet), unde (sententiam) in totum confirmabit (aut), in totum infirmabit, licet sit appellatum a parte et non a toto;" allein ob dieses „unde" eine Folgerung bedeute, (§. 12. Note 10.) ist noch sehr die Frage,

---

Civilproz. R. §. 436.: „— der richterliche Ausspruch — darf in der Regel nicht zum Nachtheil des angreifenden Theils reformirt werden, wofern nicht auch der Gegner seine Rechte durch Adhäsion wahrnimmt." §. 454. a. a. O. v. Linde, Lehrb. d. Civilproz. §. 392. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 448. 472. Seuffert, Komment. üb. d. bayer. Ger. Ord. Erlang. 1836 ff. Bd. IV. S. 104. 106. Osterloh, der ord. bürgerl. Proz. nach Königl. Sächs. Rechte. Bd. II. 323. Die bloße Erklärung der Adhäsion konnte deßhalb als genügend betrachtet werden, weil überhaupt bei Rechtsmitteln derer Rechtfertigung nicht als wesentlich gelten soll. v. Gönner, Comment. üb. d. K. baier. Gesetz vom 22. Julius 1819. Erlang. 1820. S. 359 f. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proz. Bd. IX. S. 359 ff. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 417.

es kann auch eine Erklärung oder Beschreibung des supplere ex officio andeuten, und mit id est oder nempe gleichbedeutend sein. Auf jeden Fall wird eine solche Beschreibung von Baldus in der weiteren Stelle geliefert: „et sic etiam supplere poterit, ut absolutum in quinque absolvat in decem, si in totum judex primae causae (erster Instanz) debebat absolvere, et condemnatum in quinque condemnet in decem, si judex primae causae in totum debebat condemnare.“ Deßgleichen sagt Baldus zu L. 10. Cod. quando provoc. nec. n. e. (7. 64.) „Quaero de tali casu; judex condemnavit reum in quinque, et a quinque absolvit: reus a condemnatoria appellavit, et actor ab absolutoria; quaeritur, quid juris? Respondeo, posterior appellatio est supervacua, quia judex ad quem — debet supplere (pronunciando?), et dicit Cynus, quod hic est secundus casus hujus legis, et probatur supra de appell. l. ampliorem in princ., ex quo conclude, quod ratione partis totum devolvitur.“ Dann wird in den Zusätzen zu Durantis (Ed. Francof. 1592, P. II. lib. II. partic. 3. p. 477.) über Baldus gesagt: „Adde, quod Baldus in dictam L. Ampliorem dicit, ibi esse casum in principio, quod si aliquis est condemnatus in quinque, et in quinque absolutus, et appellet, quod judex appellationis poterit (ohne Adhäsion?) illum condemnare in illis quinque, in quibus erat absolutus.“

Damit war sofort ausgesprochen, das partes adimplere sei geradezu und leibhaftig die reformatio in pejus selbst, und zwar unabhängig von irgend einer Adhäsion, rein von Amtswegen. So, nachdem der Knoten des partes adimplere kurzweg mit dem Schwerte einer herzhaften, wenig Umstände machenden Interpretation durchgehauen war, mochte den Juristen die L. Ampliorem erst als eine desto größere Wohlthat für die im materiellen Rechte gekränkten Parteien und als Sieg über die Form erscheinen! [1]) Ob der wahre ursprüng-

1) Schon Odofredus (geb. um 1200, † 1265) sagt zur L. Ampliorem: „Haec lex valde bona est.“ Doch ist späterhin auch der

liche Sinn der Constitution damit gewonnen sei oder nicht, erschien zu der Zeit, als das römische Recht in Deutschland sich festsetzte, als ziemlich unerheblich. Denn die Glossatoren sowohl, als die Postglossatoren wollten nicht immer treu das römische Recht interpretiren, sondern dasselbe auch für ihre Zeitgenossen und deren Zustände praktisch herrichten und gar machen [2]). In Deutschland wurden die Resultate von der communis opinio [3]) erfaßt und gehegt. Zwar gerieth die communis opinio im sechzehnten Jahrhundert in Verruf, allein jener Begriff des partes adimplere war, wie es scheint, schon zu fest gewurzelt und zu gangbar, als daß er sich wieder hätte spurlos verlieren können, besonders da kein namhafter Jurist denselben entschieden auf die Justinianische Bedeutung zurückführte. Wir sehen daher die modernisirte Theorie in die spätere Wissenschaft fortgeleitet, und in die neueste Zeit ausmündend, so daß im Grunde die Adhäsion als überflüssig erscheint [4]).

Vgl. Diod. Tuldeni († 1645) comm. ad Cod. Lovani, 1651. Lib. VII. tit. 62 n. 8: „Appellatione ab una parte interposita, disceptationis via recluditur etiam alteri parti, adeo ut ea petere possit aliquid in sententia reformari, vel etiam ultro a judice reformabitur."

Stryk, introd. ad prax. forens. cap. 23. §. 19: „Si appellans tantum in sortem condemnatus, cum et in usuras damnari debuisset, petat appellatus [quamvis et ex of-

---

Tadel nicht ausgeblieben. Linde, im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. XIX. S. 466.

2) Briegleb, über exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß. II. Aufl. Stuttg. 1845. Th. I. S. 14. Heimbach, in d. krit. Jahrbüch. f. deutsche Rechtswiss. von Richter, fortgesetzt von Schneider. Oktober 1846. S. 886 ff.

3) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. Bd. I. S. 213 ff.

4) Daher auch deren gesetzliche Aufhebung in manchen Ländern. Oelze, Anleit. z. gerichtl. Praxis. §. 302. Linde, im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XX. S. 66 ff.

ficio judex id (damnare in usuras) facere debeat, ut in instantia appellationis etiam usurae adjudicentur, licet hoc nomine non appellaverit.“ (§. 5.)

Claproth, Einleit. in d. ord. bürg. Proc. Th. II. Hauptst. XXIII. Tit. 18: „Der Adhäsion geschieht nur mit einem Worte in den Gesetzen Meldung (cap. 4. de elect. in VI!), und ist weiter nichts, als eine durch den Gerichtsgebrauch bestätigte Grille.“

Danz, Grundſ. d. Reichsger. Proc. §. 336: — „ergibt sich, daß diese accessorische Adhäsion, insoferne man sie als ein besonderes Rechtsmittel betrachtet, an sich überflüssig und von keinem weiteren Nutzen ist.“

Mehlen, üb. d. Appell. rc. S. 24: „Auf die Gerechtsame eines abwesenden Appellaten und auf die Aufhebung seiner Beschwerden, wenn solche etwa aus den Akten klar sein möchten (s. oben §. 15. Note 5: „„quatenus acta loquuntur““), solle der Oberrichter von Amtswegen Rücksicht nehmen. — Der Oberrichter kann daher — die — Sentenz auch zum besten des nicht-appellirenden Theils abändern.“

Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 167: „Justinian — verordnete, daß, nachdem der Appellant in judicio mit den Gründen seiner Appellation hervortrat, auch der Nichtappellirende dasjenige, was er dem Urtheil entgegensetzen wolle, vorbringen könne, und zwar mit dem Unterschiede, daß wenn der Appellat anwesend ist (si praesto fuerit), er es vorbringen und dadurch sich den Schutz des Richters erwerben solle (judiciale mereri praesidium), würde er aber abwesend sein, so sollte auch ohne sein Vorbringen (nihilo minus) der Richter unaufgefordert (per suum vigorem) das erkennen, was den Rechten angemessen ist, und hierdurch das Beste des Abwesenden besorgen (ejus partes adimplere.) L. 39. Cod. de appellat.“

Reinhardt, Handb. d. ord. Proc. Th. II. §. 352: — „ist er (der Appellat) abwesend, so hat der Oberrichter die Pflicht und die Befugniß, seine Stelle zu vertreten, d. h.

das Urtheil auch, insoweit es für ihn beschwerend war, abzuändern."

Zimmern, Gesch. d. röm. Privatrechts. Bd. III. S. 532: „Außerdem hat Justinian — dem Richter zur Pflicht gemacht, von Amtswegen das, was den Appellaten beschwert, zu berücksichtigen (im Urtheil), sobald doch einmal die Sache an den Oberrichter gebracht worden ist (per suum vigorem ejus partes adimplere), also s. g. reformatio in pejus eingeführt."

Heffter, System d. Civilproc. R. §. 454: „Justinian machte dem Appellationsrichter die Berücksichtigung der appellatischen Rechte nach der wahren Lage der Sache sogar zur Amtspflicht, so daß auch zu Gunsten des Appellaten eine Besserung des vorigen Urtheils eintreten konnte, auch wenn der Appellat sich gar nicht meldete."

Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 422, f.: „C. 39. de Appellat. — Hiernach — erscheint der Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Appellation für beide Theile in einem solchen Lichte, daß der Oberrichter ganz unabhängig von speciellen Parteianträgen nach Lage der Akten gerade so erkennt, wie er es in erster Instanz für richtig befunden haben würde; danach war eine Abänderung auch in pejus im weitesten Sinne möglich, und dem Appellationsrichter geboten, einzig und allein auf das dem materiellen Recht entsprechende Interesse beider Theile Rücksicht zu nehmen, und allen Rechtsirrungen des unterrichterlichen Erkenntnisses abzuhelfen."

Arnold, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XXVIII. S. 89: „Schon in den Worten: ejus partes adimplere, liegt eine Beschränkung für den Oberrichter, nämlich die, daß er nicht weiter zum Besten des Appellaten erkennen darf, als dieser selbst mittelst einer Adhäsion hätte verlangen können." 2c. 2c.

Unverkennbar ist diese Theorie, welche erst eine eigentliche, d. h. von der Adhäsion völlig emancipirte reformatio in pejus sanktionirt, mit der vorigen (§. 15.) in Widerspruch, und es mußte daher einige Verwirrung oder Ungewißheit in

die Lehre kommen, und die Praxis unsicher machen. Zwar werden Präjudicien angeführt, um die ganz freie reformatio in pejus als die übliche nachzuweisen [5]; allein gerade in dieser Angelegenheit ist von Präjudicien wenig zu halten. Denn — in allen Fällen, wo die Gerichte rein von Amtswegen in pejus reformiren, geht dieses aus den Urtheilen und deren Gründen wahrnehmbar hervor, weßhalb es leicht ist, sich darauf zu berufen; dagegen wo die Gerichte bei gegebener Gelegenheit zur reformatio in pejus diese unterlassen, ist davon höchstens bei der geheimen Berathung in den Sitzungen die Rede, in den zu publicirenden Urtheilen und Entscheidungsgründen dagegen wird die Sache mit Stillschweigen übergangen, so daß die jener Reformation abgeneigte Praxis reell, aber unsichtbar existirt, und bei aller Verbreitung keine Präjudicien aufzuweisen hat. So wird es, laut der Erfahrung, den Citaten von Arnold gegenüber namentlich auch in Baiern gehalten.

§. 17.

Versuche, die reformatio in pejus außerhalb der oben (§§. 3—9.) interpretirten Gesetze zu begründen.

In der Rechtswissenschaft ist man, um die reformatio in pejus zu vertheidigen, nicht immer bei speciellen römischen Gesetzen stehen geblieben, es hat sich vielmehr auch das Bestreben gezeigt, für die Statthaftigkeit des Institutes als eines gemeinrechtlichen andere und allgemeine Gründe aufzufinden, so wie das canonische Recht und die deutschen Reichsgesetze zu benützen.

1) In dieser Beziehung ist das sogenannte Princip der Appellations-Gemeinschaft zu einer stehenden Redens-

5) Arnold, im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. XXVIII. S. 106 ff.

art geworden [1]. Es ist aber ein Irrthum, wenn, nach Weise der Philosophen a priori, diese Gemeinschaft als oberster allgemeiner Grundsatz hingestellt wird, von welchem die Adhäsion und die reformatio in pejus erst Ausflüsse oder abgeleitete Folgen sein sollen [2]. Im gemeinen Rechte ist ein solcher Grundsatz nirgends ausgesprochen, und ein philosophisches Princip erkennt der positive Jurist in seiner Wissenschaft nicht an. Umgekehrt ist anzunehmen, daß aus der Adhäsion und aus der reformatio in pejus der Begriff einer Gemeinschaft gebildet wurde, und daß sohin diese aus jenen, nicht aber eines oder das anderr jener Institute aus der Gemeinschaft zu erklären sei [3].

2) Eben so wenig geht es an, daß die positiv rechtliche Giltigkeit der reformatio in pejus durch ihren Erfolg, d. h. Beförderung des materiellen Rechtes bewiesen werde [4]. Man mag wohl, in der Eigenschaft als Menschenfreund, Staatsmann oder Patriot, und, wenn dies Alles nicht verfängt, als billig denkender Laie, Wünsche für das materielle Recht hegen, und auch dem Drang dieser Wünsche in Vorschlägen Luft machen, allein die heißesten Wünsche und die eindringlichsten Vorschläge geben noch kein positives Recht,

---

1) Baldus ad L. Ampliorem: „Appellatur a tanto, et discutitur de toto: quia appellatio est communis etiam alteri parti, quae non appellavit.“ Sacrae Rotae Romanae decis. Colon. Agripp. 1623. dec. 581. Veneris 18. Maji 1612. R. A. v. 1566. §. 116. v 1594. §. 96. Conc. d. K. G. O. Th. III. Tit. XXXIV. §. 12. Die Literatur s. in v. Linde's Lehrb. des Civilproz. §. 392. Note 4., wobei noch zu nennen ist Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 418—424. 445 ff. 456 ff.

2) Vergl. Mehlen, üb. d. Appell. S. 27. Arnold, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XXVIII. S. 96. Morstadt, Civilproc. Schlüssel. Heidelb. 1847. S. 259: „Sie (die accessorische Adhäsion) gründet sich auf die Gemeinsamkeit des Rechtsmittels.“

3) Die allgem. Ger. Ord. f. d. Preuß. Staaten. Th. I. Tit. XIV. §. 11. hat die Gemeinschaft aufgehoben.

4) Vergl. Mittermaier, im Archiv für die civilistische Prax. Bd. VII. S. 88.

ehe und bevor die Gesetzgebung oder eine constante Praxis dasselbe statuirt haben, und nie soll der Jurist die lex ferenda mit der lex lata, die prekäre Zukunft des Rechts mit dessen gewisser Wirklichkeit verwechseln. Ohnehin wird es mit dem gerühmten materiellen Recht kaum so sehr seine Richtigkeit haben, wie man sich vorzustellen pflegt. Wie der Richter erster Instanz zum Nachtheile des nachherigen Appellaten das materielle Recht verletzen kann, so ist es auch in einem anderen Falle möglich, daß der Richter zweiter Instanz gerade mit der reformatio in pejus das materielle Recht des Appellanten beschädigt, und so die L. 1. pr. Dig. de appell. (49. 1.) realisirt [5]).

3) Auch in einer vorgeblich allumfassenden Devolutivkraft [6]) und in der Möglichkeit einer günstigen Wirkung derselben für den Appellaten wurde die reformatio in pejus zu begründen gesucht, oder es ist doch durch zweideutige Redensarten die Meinung, als wolle man dies, bisweilen — mit oder ohne Absicht — erweckt worden [7]). Indem man so an die specielle einseitige Appellation die Devo-

---

5) Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 446.

6) Vergl. darüber Linde, in d. Zeitschrift f. Civilrecht u. Proc. Bd. IX. S. 311 ff.

7) Baldus ad L. 10. Cod. quando provoc. nec. n. e. (7. 64.) — „ratione partis totum devolvitur." Mevii decis P. I. dec. 245. n. 4.: „Devolvit appellatio omnem causam et jurisdictionem cum omnibus accessoriis et pertinentiis." Mittermaier, im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. S. 94. (Mit ungenügenden Beweisstellen.) — Die Behauptung einer allgemeinen Devolution liegt auch in der Aufstellung des scheinbar so plausiblen Satzes, daß der Richter zweiter Instanz immer (auch dem Umfange des factischen Prozeßmaterials nach??) so erkennen müsse, wie der Richter erster Instanz hätte erkennen sollen. Wäre dies, so könnte eine specielle Appellation den Appellationsrichter nicht mehr beschränken, und jedes Appellationsurtheil müßte sich schlechterdings auf alle Punkte der vorigen Entscheidung bestätigend oder reformirend erstrecken! Vergl. Guidonis Papae decis. quaest. 436 n. 6. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 422 f. 426 ff. Arnold, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XXVIII. S. 96.

lution der ganzen Sache knüpft, und dieser durch die Beziehung auf den Appellaten eine zweiseitige günstige Wirkung einräumt, wird wieder von einer Adhäsion gänzlich abgesehen, so daß dem Appellaten alles mögliche Gute ganz ohne sein oder eines Vertreters Zuthun zu Statten kommen soll.

Dagegen steht aber fest, daß es nach dem römischen Rechte den Parteien gestattet war, nicht nur über das Urtheil im Ganzen [8]), sondern auch über einzelne Punkte zu appelliren, in welchem Falle, wenn eine solche theilweise Appellation irgend eine eigenthümliche Bedeutung haben sollte, wie nicht zu zweifeln ist, die vom Appellanten übergangenen Punkte nicht mit den übrigen devolvirt sein konnten. Die Beweisstellen sind folgende:

L. 10. §. 1. Dig. de appell. (49. 1.) Si quis, quum una actione ageretur, quae plures species in se habeat, pluribus summis sit condemnatus, quarum singulae notionem Principis [9]) non faciunt, omnes autem conjunctae faciunt, poterit ad Principem appellare.

L. 13. pr. eod. Appellanti nihil obesse [10]), quod in libellis, a qua parte sententiae appellaret, non significavit.

L. un. Cod. ne lic. in una ead. c. (7. 70.) Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non licebit ei tertio in eadem lite super iisdem capitulis provocatione uti [11]).

Hinsichtlich des in Deutschland praktisch gewordenen Rechtes wird ohnehin zugegeben werden müssen, daß es, selbst bei Appellationen gegen Endurtheile, eine allgemeine Devo-

---

8) L. 2. Dig. de appell. (49. 1.).

9) Die Gothofredischen Ausgaben des Corpus juris, von welchen hier Ed. Francof. ad M. 1618. und Venet. Tom. II. 1843. nachgesehen worden sind, citiren die Variante „praetoris." Ebenso in der glossirten Ausgabe von Baudoza, Lugd. 1593. Vol. II., dagegen fehlt die Variante in der Kriegel'schen Ausg. Lips. 1843.

10) „Abest" bei Baudoza.

11) Vergl. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 440—442. Ueber L. 3. §. 3. Dig. de appell. (49. 1.) s. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proz. Bd. IX. S. 317 ff. Sintenis a. a. O. S. 429 ff.

lution über Bausch und Bogen im oben angegebenen Sinne nicht gebe [12]), mit Vorbehalt der besonderen Lehre, daß ausnahmsweise mit der Devolution eines zur Appellation gebrachten Punktes auch die davon unzertrennlichen oder auch die damit materiell konnexen Punkte devolvirt seien. (§. 18. lit. e.) Die allgemeine Devolution hat also nur Statt in Folge einer allgemeinen Appellation [13]), ganz nach den gewöhnlichen Regeln der Verhandlungs-Maxime.

Die Frage übrigens, ob nach römischem Rechte durch einseitige Appellation — wenn gleich nur im Umfange der aufgestellten Beschwerden — die Devolution auch zum möglich größeren Vortheile des Appellaten erfolge, ist von Justinian für die ältere Zeit in der L. Ampliorem zu Genüge negativ beantwortet. Für die spätere Zeit aber ist eben nur wieder die L. Ampliorem der einzige und letzte Anhaltspunkt, indem nach den obigen Interpretationen keine anderweitige gesetzliche Bestimmung besteht, in welcher die reformatio in pejus auf andere Weise und namentlich durch die Devolutivkraft begründet wäre.

4) Nebstdem sollte die reformatio in pejus auch noch durch eine stillschweigende submissio ad acta priora gerechtfertigt werden, d. h. durch die Vermuthung oder sogar Fiktion, daß der nicht adhärirende Appellat auf den Grund der Akten erster Instanz eine ihm günstige Reformation des vorigen Urtheils stillschweigend beantrage. Also gilt in der Appellations-Instanz Stillschweigen und Stillsitzen für ein determinirtes petitum? Dies ist leere Hypothese. In den Gesetzen ist erlaubt, nachdem das Rechtsmittel eingelegt und eingeführt ist [14]), anstatt die Beschwer-

12) Linde a. a. O. S. 328—331.

13) G. L. Boehmeri princ. jur. canon. §. 839. Sintenis a. a. O. S. 419 ff.

14) Dagegen Neurode's gegenw. Verfass. d. H. R. Reichs. Anm. 159: „Der Appellant kann auch, wenn er seiner Sache trauet, ohne gravamina einzuführen, simpliciter ad acta priora submittiren und beschließen."

den speciell auszuführen, ausdrücklich ad acta priora zu submittiren [15]), und auch dem Appellaten wird, statt seiner Vernehmlassung auf die Appellation, also zum Zweck der Bestätigung des vorigen Urtheils, die ausdrückliche submissio ad priora zugemuthet [16]); allein von jener angeblichen Bedeutsamkeit des appellatischen Schweigens, daß es eine dergleichen submissio zum Zwecke der Reformation nachgerade involviren sollte — von einem silentio adhaesionem in ventre habente — weiß wahrlich unser positives Recht so viel als nichts.

5) Zum Letzten ist noch anzumerken, daß weder im canonischen Rechte noch in den Reichsgesetzen eine Quellenstelle über die reformatio in pejus enthalten ist, wie aus der bloßen Einsicht der hin und wieder gebrauchten Citate sich ergibt [17]).

§. 18.

Schluß.

Es ist außer Zweifel, daß die reformatio in pejus den herrschenden Grundsätzen des Prozesses entgegen ist.

1) Sie verletzt die Verhandlungs-Maxime. Der Appellat, wenn er beschwert ist, kann von seiner Seite ebenfalls appelliren oder, wenn er es sich leichter machen will, adhäriren. Hierdurch ist die Wahrung seiner Interessen ganz in dessen Hände gelegt und Alles gestattet, was er nach dem

15) J. R. A. §. 65. Vergl. Linde a. a. O. S. 327 ff.

16) J. R. A. §. 71. Ueber die submissio existirt eine, hier nicht benützte, besondere Dissertation, nämlich: J. C. Hartung, de submiss. ad pr. a. ejusque modo et effectu potiori praepr. in Sax. Erf. 1714.

17) Z. B. Cap. 20. X. de sent. (2. 27.) Cap. 55. 60. X. de appell. (2. 28.). Letztere Stelle citirt Mühlenbruch, Entw. d. Civilproc. §. 383. Zum Verständniß lese man nur einen Commentator, z. B. die casus des Bernardus von Parma. — K. G. O. von 1555. Th. III. Tit. XLIV. R. A. von 1566. §. 116. von 1594. §. 96. Conc. d. K. G. O. Th. III. Tit. XXXIV. §. 12. Tit. LIII. u. s. w.

Recht und sogar auch nach der Billigkeit verlangen kann. Es ist ein starkes Stück barmherziger und bevormundender Justiz, wenn der Richter dem Appellaten, welcher seiner Beschwerden wegen nicht einmal den Mund nur zu einem „Adhaereo" aufthun mag, zuvorkommend die Arznei gleichsam auf dem Kredenzteller nachtragen und je nach Umständen einschütten soll [1]. Unterläßt der Appellat die Appellation, wie die Adhäsion, so gibt er dadurch sattsam zu erkennen, daß er auf seine Befugniß und den Zweck derselben verzichte. Habeat sibi! [2]

2) Die reformatio in pejus verträgt sich nicht mit der Rechtskraft, indem das Urtheil für den unthätigen Appellaten hinsichtlich seiner möglichen Beschwerden in den betreffenden Punkten rechtskräftig, also unabänderlich wird [3].

3) Die Appellation gilt als neue Klage, demnach ist auch der Appellant als Kläger, und der Appellat als Beklagter zu beurtheilen. Dies bezeugt nicht nur der Sprachgebrauch [4], sondern auch die Eigenthümlichkeit des Prozesses.

---

1) Arg. L. 69. Dig. de reg. jur. (50. 17.). Invito beneficium non datur. Ueber die weite Bedeutung von „invitus" vergl. L. 8. §. 1. Dig. de procur. (3. 3.) L. 5. Dig. de serv. praed. urb. (8. 2.) L. 45. §. 5. Dig. de ritu nupt. (23. 2.)

2) Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 165 f. Mittermaier, im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. VII. S. 91. Die Annahme, der Appellat habe nur unter der Voraussetzung verzichtet, wenn der Gegner nicht appellire (vergl. Linde, im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. XIX. S. 488 ff.), ist eine dem positiven Rechte ganz fremde Erfindung.

3) Gönner a. a. O. S. 162 f. Mittermaier a. a. O. S. 91—98. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 421. 436.

4) L. 8. Cod. Th. de appell. (11. 30.) — appellatores — adversus sententias, quas iniquas esse contendunt, executuri proprias actiones. L. 29. Dig. de jud. (5. 1.). Qui appellat prior agit. Vergl. Sartorius, Lehre von der Widerklage. Erlang. 1838. S. 87. Note 6. Heffter, System des Civilproc. R. §. 435. Note 14. — L. 20. Dig. jud. solvi. (46. 7.) — a sententia petitor appellavit, et quum apud competentem appellationi judicem res ageretur — L. 81. Dig. ad S. C. Trebell. (36. 1.) — appellatione facta quum solum Phoebus egisset — (s. §. 6. Note 4.) L. 3. §. 3. Dig. de appell.

Durch die Appellation wird nämlich der Prozeß nicht etwa auf der alten Grundlage lediglich wiederholt oder fortgesetzt, sondern es entsteht ein neuer und anderer Prozeß [5]) mit einem neuen Richter und einem neuen Streitmaterial, sei es nur, daß aus dem alten Prozeß nicht alle Streitpunkte in die Appellation gezogen oder daß nova vorgebracht sind, immer aber dadurch, daß jetzt zunächst die angebliche Ungerechtigkeit der ersten Entscheidung (ob übel oder wohl gesprochen) Gegenstand des Streites ist. Die Grundsätze der Klage gelten daher analog auch bei der Appellation. Wie nun in der Regel bei der Klage der Kläger im schlimmsten Falle nur abgewiesen, nicht aber verurtheilt werden kann, so auch bei der Appellation der Appellant [6]).

Mit dergleichen gemeinen Regeln ist zwar gegen die reformatio in pejus nichts gewonnen, wenn dieselbe als Ausnahme durch Gesetz oder Gewohnheit wirklich und entschieden eingeführt sein sollte; allein wie bedenklich in dieser doppelten Beziehung die gemeinrechtliche Stellung des Institutes ist, werden die bisherigen Erörterungen nachgewiesen haben. Um hier noch ein Mal auf die wankende Praxis (vgl. §. 16.) zurückzukommen, wird es nicht zu viel gewagt sein, wenn man behauptet, daß die Gerichte in den verschiedenen deutschen Staaten, so wie in deren einzelnen Provinzen, und sogar die Senate des nämlichen Gerichtshofs, die Spruchkollegien mit eingeschlossen, im Durchschnitte keineswegs

---

(49. 1.) — Puto — quum semel provocaverit, esse ei facultatem (al. facilitatem), in agendo etiam aliam causam provocationis reddere. Nov. 49. cap. 1. — qui causam appellationis agit. Cap. 57. X. de appell. (2. 28.) — si appellans voluerit in causa appellationis procedere, oportebit eum agere. „Appellationsklage" in d. K. G. O. von 1508. Tit. II. §. 1. von 1555. Th. III. Tit. XXXI. §. 1. und allerwärts in den Reichs- und Partikulargesetzen.

5) L. 30. Cod. Th. de appell. (41. 30.) renovare litem. L. 5. §. 4. Cod. Just. de temp. et rep. (2 63.) inchoata lis.

6) Danz, Grunds. d. ord. Proc. §. 414. Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 159. Heffter, System d. Civilproc. R. §. 435.

rücksichtlich der reformatio in pejus zu einer übereinstimmenden und constanten Uebung gelangt sind. Ob dies je geschehe, läßt sich nicht vorhersagen.

Auf dem dermaligen Standpunkte bleibt hier nur noch übrig, zu berühren, wie durch mancherlei Schicksale die L. Ampliorem im Lauf von dreizehn Jahrhunderten mit besonderen, theils erweiternden, theils beschränkenden, theils überhaupt näher bestimmenden Lehrsätzen und kasuistischen Erläuterungen umgeben wurde, was auch so vielen andern Rechtsinstituten widerfahren ist. Diese Lehrsätze und Erfindungen der Rechtsgelehrten haben durch fortgesetzte Behandlung bisweilen eine so breite Entwickelung gewonnen, und sind so sehr in den Streit der Meinungen und in die Partikular-Rechte hineingezogen worden, daß deren umständliche Darlegung die Grenzen einer „Abhandlung" über die reformatio in pejus im Allgemeinen weithin überschreiten würde. Um jedoch davon nicht gänzlich zu schweigen, sollen hier wenigstens die wichtigeren Lehren, unter Hinweisung auf die Literatur und Belegstellen, kurz angedeutet werden. Die meisten, ja beinahe alle derselben, sind im römischen Rechte nicht begründet. Häufig ist darin gefehlt worden, daß allgemeine und regelmäßige Sätze des Rechts auf die höchst singuläre L. Ampliorem in Anwendung gebracht oder daraus ungeeignete Analogien gebildet wurden, mitunter hat man auch mit unverhüllter Willkühr das Eine oder das Andere, was zweckmäßig schien, in die an sich einfache gesetzliche Anordnung hineingelegt oder derselben beigegeben, so daß im Grunde das Meiste auf Neuerungen und Umbildungen im vermeintlichen Bedürfnisse der Zeitläufte zurückgeführt werden kann. Der Ausgangspunkt solcher Bestrebungen findet sich schon im Mittelalter, und das Meiste, was spätere Juristen der Welt im Gewande der Neuheit als unlängst fertig gewordenes Produkt vorgeführt haben, ergibt sich bei tieferer Forschung als etwas Uraltes, dessen Geburtsjahr in Vergessenheit zurückgewichen ist. Doch — zur Sache:

a) Die Zulässigkeit einer für den Appellanten günstigeren Entscheidung, als um welche er gebeten hat.

Baldus ad L. Ampliorem: „Quaerunt Doctores, nunquid sicut judex potest supplere pro appellato absente, ita possit pro appellante absente, et dic, quod sic: quia officium judicis est commune utrique parti: alias claudicaret judicium, quod esse non debet: ut ff. de arbitr. l. si cum dies. §. pen." — Linde, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 505, f. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 417 f. 424. 447.

b) Ausdehnung der ursprünglich nur bei der Appellation Statt findenden reformatio in pejus auf die Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. §. 1. Note 3.), überhaupt auf alle Rechtsmittel.

Baldus ad L. Ampliorem: „Ego dico, quod haec lex etiam locum habet in causa nullitatis, quae est contigua causae appellationis, ut judex possit supplere pro absente et in his, quae reddunt judicium retro nullum." Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 164. Martin, Lehrb. d. Proc. §. 276. v. Linde, Lehrb. d. Civilproc. §. 392. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 465. Note 1. Osterloh, d. ord. bürg. Proc. nach K. Sächs. R. Bd. II. §. 325.

c) Ausdehnung auf den Anwesenden.

Linde, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 493—497. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 423.

d) Beschränkende Erklärung des Falles der Abwesenheit. (Vgl. §. 15. Note 5.)

v. Almendingen, Metaphys. S. 183. Martin, Lehrb. d. Proc. §. 276. Bayer, Vortr. üb. d. ord. Civilproc. S. 651. v. Linde, Lehrb. d. Civilproc. §. 392. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 448. Nr. 4. S. 473. Arnold, im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XXVIII. S. 74. Dagegen Linde ebendas. Bd. XIX. S. 507, ff. — Nassau. Proc. Ord. v. 23. April 1823. §. 111. (Ebendas. Bd. XX. S. 62.)

e) Beschränkung der Adhäsion resp. der reformatio in pejus auf die nämlichen Punkte, wegen welcher appellirt

worden ist, und auf die von den Appellations-Beschwerden unzertrennlichen oder auch damit materiell connexen Punkte. (Vgl. §. 3.)

Glossa ad L. Ampliorem: „Verum est super eo capitulo, in quo est appellatum, vel connexo. non in alio, ut ff. de minor. (4. 4.) l. (29.) etiam. §. (1.) ex causa. et ff. de arbitr. (4. 8.) l. (21.) quid tamen, et supra (Cod.) de transact. (2. 4.) l. (42.) si ex falsis, et ad hoc supra (Cod. 7. 62.) ex l. (37.) in offerendis. in fine.“ Durantis specul. P. II. lib. II. partic. 3. n. 13. (Ed. Francof. 1592. P. II. p. 473.) „Sed pone: peto centum ab adversario meo: judex condemnat eum in quinquaginta, et adsolvit in aliis quinquaginta: ille appellat, et non ego: quaeritur, quid juris? quod si ex eadem causa petii (non „petiit“) centum, potero coram judice appellationis petere integre centum, ut Cod. de appell. (7. 62.) l. ampliorem, secus si ex diversis causis non connexis.“ Vgl. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 470. Baldus ad L. Ampliorem: „Solum circa idem capitulum non est necessaria reconventio (i. e. adhaesio) in causa appellationis, quia judex supplet ex officio. — Sed quid, si diversa sunt capitula, nunquid locum habet haec lex? Respondeo non, quia separatorum nulla est conjunctio. — Sed quaero, quae capitula dicantur separata? Respondeo, textus dat in hoc singularem doctrinam. Nam illa dicuntur capitula separata, quae diversitate factorum separationem recipiunt, et illa dicuntur conjuncta, quae ex continentia factorum separationem non recipiunt, ut infra si unus ex plurib. (Cod. 8. 32.) apud l. 1.“ (Cf. L. 4. Cod. de temp. et rep. 7. 63.) „Sciendum est tamen, quod si unum capitulum est principale, aliud secundarium, si a primo incipias, illud capitulum est separatum, secus si a secundo, quia illud non stat per se, ut ff. de except. rei jud. (44. 2.) l. (23.) si in judicio, et ff. de noxal. act. (9. 4.) l. (4.) in delictis. §. (3.) si detracta.“ Nic. Boerii (n. 1469, † 1532.) decis Burdegalens. dec. 73.

Ant. Fabri (n. 1557, † 1624.) Codex definit. Lib. VII. tit. XXVI. def. 20. Lauterbach colleg. theor. pract. Lib. XLIX. tit. VII. §. 7. Stryk diss. jurid. Francof. cit. (§. 1.) c. 2. n. 61 sqq. Stryk introd. ad prax. forens. cap. 23. §. 19. Hommel, Teutscher Flavius. IV. Ausg. v. Klein. Leipz. 1813. V. Leuterung, Nr. III. am E. Mehlen üb. d. Appell. ꝛc. S. 28—32. Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 169 ff. 246 f. Mittermaier im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. VII. S. 92 ff. Gensler, Comment. Herausgeg. v. Morstadt. Bd. II. S. 121. Linde im Archiv f. d. civli. Prax. Bd. XIX. S. 498 ff. Heffter, System d. Civilproc. R. §. 454. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 423 f. 427. 430. 436. 448 f. 461 f. Arnold im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. XXVIII. S. 75 f. 81 ff. 88 ff. — Rotae Rom. decis. dec. 223. 21. Oct. 1605. 552. 16. Mart. 1612. (K. G. O. v. 1555. Th. III. Tit. XXXII. §. 5.) Ccd. jur. Bavar. jud. d. a. 1753. Cap. XV. §. 9. Ger. Ord. f. d. Ob. Appell. Ger. d. vier Freien Städte Deutschlands. Ausg. v. Blume. §. 135. Proc. Ord. f. Baden v. 1831. §§. 1166. 1209. Vgl. noch Linde im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. XX. S. 61, ff.

f) Beschränkung durch die Appellations-Summe. Linde im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XX. S. 53—57. — Hessische Verord. v. 17. März 1797, §. 11. Nr. 5. (Ebendas. S. 59.) Nassau. Proc. Ord. v. 23. April 1823. §. 111. (Ebendas. S. 62.) Bayer. Ges. v. 17. Nov. 1837. §. 68.

g) Erklärung der Stelle in der L. Ampliorem: „Si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit“, oder Bestimmungen über die Zeit der anzustellenden Adhäsion. Sehr verschieden:

Baldus ad L. Ampliorem: „Dicunt tamen quidam, ut Goffredus in summa de officio judicis, quod ad hoc, ut judex suppleat, duo sunt necessaria, scilicet quod constet sibi, et quod hoc faciat post litem contestatam; nam

cum istud supplere succedat loco probationum, ergo post litem contestatam fiendum est. Item quia ante litem contestatam nihil pertinet ad merum officium judicis, quod factum respiciat. — Cave tibi, doctrina Goffredi vera est in causa principali (in erster Instanz), sed non est vera in causa appellationis, ubi distinguitur praesente adversario vel non, ut hic." — v. Almendingen, Metaphys. S. 168. 181. 184 ff. Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 171—177. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 466. — Hessische Verord. v. 17. März 1797, §. 11. Nr. 1. (Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. XX. S. 58.) — Reinhardt, Handb. d. ord. Proc. Th. II. §. 352 f. Gensler, Comment. Herausgeg. v. Morstadt. Bd. II. S. 121. Heffter, System d. Civilproc. R. §. 454. Proc. Ord. f. Baden v. 1831. §. 1211. — Gaill, observ. Lib. I. obs. 122. Mevii decis. P. V. dec. 215. Mehlen üb. d. Appell. 2c. S. 33, f. Bayer, Vortr. üb. d. ord. Civilproc. S. 651. Auch hier wieder Heffter a. a. O. Linde im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 477—488. Schmid, Handb. d. Civilproc. Th. III. §. 232. Note 22. Cod. jur. Bavar. jud. d. a. 1753. Cap. XV. §. 10.

h) Abhängigkeit der Adhäsion resp. der reformatio in pejus vom Verzichte des Appellanten auf sein Rechtsmittel, 2c. 2c.

Addit. ad specul. Durantis, P. II. lib. II. partic. 3. tit. de appell. (Ed. saepe laud. P. II. p. 477.) „Scire debere, quod Guido de Suzaria super l. ampliorem Cod. — quaerit, nunquid illius legis beneficium competat appellato, quando appellans poenitet, et ab appellatione recedit? arguit, quod non, quia poenitere potuit, per l. (28.) si quis libellos, eod. tit. Cod. (7. 62.) — (ad L. Jul.) de adult. (Cod. 9. 9.) l. (17.) sine metu. In contrarium allegat ff. de reg. jur. (50. 17.) l. (75.) nemo, quia non licet mutare consilium in alterius detrimentum, ad idem de reg. jur. cap. (33.) mutare, lib. 6. (in VI. Decret.) Et hanc partem sine distinctione tenuit in ordine judiciorum,

ubi de appellationibus, versiculo penultimo, sed super praedictam legem sic solvit, quod si appellans solum appellavit, et in appellationis causa non processit, poenitere poterit adversario invito, et sic procedunt allegata primo. Si autem processit ad prosecutionem appellationis, non poterit invito adversario poenitere, quia cum adversarius supra sic interpellatus ex facto appellantis beneficium illius legis sit consecutus, invito appellatore poterit illo uti", etc. — Cyni Pistor. (n. 1270, † 1336.) in Cod. comm. Francof. ad M. 1578. Lib. VII. rubr. 63. n. 10. Mynsinger, (n. 1511, † 1588.) observ. Cent. II. obs. 22. Gaill, observ. Lib. I. obs. 122. Mevii decis. P. IV. dec. 180. P. V. dec. 215. Lauterbach, colleg. theor. pract. Lib. XLIX. tit. I. §. 14. Stryk, introd. ad prax. forens. cap. 23. §. 20. Oelze, Anleit. z. gerichtl. Prax. §. 302. Nr. 2. Kindii quaest. forens. Tom. III. cap. 78. v. Almendingen, Metaphys. S. 168. Gönner, Handb. d. Proc. Bd. III. S. 171. Reinhardt, Handb. d. ord. Proc. Th. II. §. 355. Linde im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. XIX. S. 488—493. Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 466. Morstadt, Civilproc. Schlüssel. S. 259. — Cod. jur. Bavar. jud. d. a. 1753. Cap. XV. §. 10. Bayer. Gesetz vom 17. Nov. 1837. §. 68. Seuffert, Comm. üb. d. Bayer. Ger. Ord. Bd. IV. S. 104. Note 33. 2c. 2c.
